



University of Groningen

De rol van de faillissementspauliana bij de strafbare bevoordeling van schuldeisers ex artikel 343 aanhef en onder 3 Wetboek van Strafrecht

Karapetian, Arpi

Published in:
Delikt en Delinkwent

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Karapetian, A. (2018). De rol van de faillissementspauliana bij de strafbare bevoordeling van schuldeisers ex artikel 343 aanhef en onder 3 Wetboek van Strafrecht. *Delikt en Delinkwent*, 2018(6), 478-487. [DD 2018/36].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De rol van de faillissementspauliana bij de strafbare bevoordeling van schuldeisers ex artikel 343 aanhef en onder 3 Wetboek van Strafrecht²

DD 2018/36

1. Inleiding

In artikel 343 aanhef en onder 3 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is strafbaar gesteld:

‘de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld: voor de intreding van het faillissement, indien dit is gevolgd, of tijdens het faillissement een van de schuldeisers van de rechtspersoon wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt’.

De strafbepaling bestrijkt gedragingen van bestuurders en commissarissen van rechtspersonen tijdens of voorafgaande aan het faillissement van laatstgenoemde waarmee bepaalde schuldeisers ten nadele van de overige schuldeisers een voorkeursbehandeling hebben gekregen onderscheidenlijk krijgen. In artikel 343 Sr zijn naast de bevoordeling van een of meer schuldeisers strafbaar gesteld het onttrekken van vermogensbestanddelen aan de boedel (artikel 343 aanhef en onder 1 Sr) en het buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon (artikel 343 aanhef en onder 2 Sr) indien dit gebeurt met de wetenschap dat de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Anders dan voor het onttrekkingsdelict en het buitensporig verbruiken, uitgeven en vervreemden van middelen van de rechtspersoon geldt, is bij de recente wijziging van titel XXVI inzake de benadeling van schuldeisers de wederrechtelijkheid als bestanddeel opgenomen in de delictomschrijving van het bevoordelingsdelict. Voor de invulling van de wederrechtelijkheid wordt in de memorie van toelichting verwezen naar de bepalingen in de Faillissementswet over de actio Pauliana. De actio Pauliana maakt het in de artikelen 42 en 47 Fw mogelijk voor de curator om rechtshandelingen van de schuldenaar te vernietigen die voor het faillissement zijn verricht met de wetenschap dat de schuldeisers daardoor zouden worden benadeeld. In de benadering van de wetgever vormen de normen die uit artikel 42 en 47 Fw voortvloeien de afgrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder en de commissaris voor gedragingen die voorafgaande aan het faillissement zijn verricht. In deze bijdrage zal worden betoogd dat de aansluiting van de norm in artikel 343 aanhef en onder 3 Sr bij de structuur van de zogeheten faillissementspauliana niet strookt met de aard van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder waarop artikel 343 aanhef en onder 3 Sr ziet.³ Daartoe wordt eerst de opvatting van de wetgever in kaart gebracht (paragraaf 2). Vervolgens wordt ingegaan op de achtergrond van het onderscheid tussen artikel 42 en 47 Fw (paragraaf 3). Aansluitend komt de vraag aan de orde of voor de beoordeling van het gedrag van de bestuurder uit systematisch oogpunt de maatstaven van artikel 42 en 47 Fw kunnen worden aangewend (paragraaf 4). Tot slot wordt in

1 Als promovendus en docent verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht van de Rijksuniversiteit Groningen.

2 Citeerwijze: A. Karapetian, ‘De rol van de faillissementspauliana bij de strafbare bevoordeling van schuldeisers ex artikel 343 aanhef en onder 3 Wetboek van Strafrecht’, DD 2018/36.

3 De positie van de commissaris blijft in het vervolg van deze bijdrage buiten beschouwing.

het kort het vizier gericht op een aanvaardbare uitleg van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ in artikel 343 aanhef en onder 3 Sr (paragraaf 5 en 6). Afgesloten wordt met een conclusie.

2. De wijziging van artikel 343 aanhef en onder 3 Sr

In 2016 trad de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude in werking waardoor verschillende delictsomschrijvingen in titel XXVI over de benadeling van schuldeisers werden gewijzigd. De herziening maakte onderdeel uit van het in 2012 door de Minister van Veiligheid en Justitie aangekondigde programma ‘Herijking faillissementsrecht’ waarin voor verschillende onderdelen van het faillissementsrecht een nieuwe regeling wordt voorgestaan.⁴ De uitvoering hiervan ten aanzien van de bankbreukbepalingen zag hoofdzakelijk op de modernisering van de redactie van deze artikelen, die volgens de memorie van toelichting bij de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude complex en op punten verouderd was.⁵ De belangrijkste wijziging ten opzichte van de oude strafbepalingen betreft de verwoording van het vereiste schuldverband bij de bedrieglijke bankbreukdelicten. Het vereiste opzet werd in de oude strafbepalingen tot uitdrukking gebracht met de woorden ‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers’. In de huidige redactie is voor strafbaarheid vereist dat de desbetreffende gedragingen zijn verricht ‘wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld’. De wijziging betreft een codificatie van rechtspraak van de Hoge Raad op grond waarvan voorwaardelijk opzet op de (verhaals)benadeling van de schuldeisers volstaat voor strafbaarheid.⁶

In artikel 343 Sr zijn de hernieuwde strafbaarstellingen opgenomen voor de bestuurder van een rechtspersoon die tijdens en voorafgaande aan het faillissement bepaalde gedragingen verricht terwijl hij weet dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers daardoor worden benadeeld. Het merendeel van de wijzigingen in de genoemde bepaling is van redactionele aard. Voor één delictsomschrijving geldt dat niet onverkort. In artikel 343 aanhef en onder 3 aangaande de bevoordeling van schuldeisers is de wederrechtelijkheid als bestanddeel opgenomen. Het in de oude redactie opgenomen bestanddeel dat de bevoordeling heeft plaatsgevonden ‘op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen’ is geschrapt. Voor de uitleg van de wederrechtelijkheid knoopt de wetgever blijkens de memorie van toelichting aan bij de faillissementspauliana. Een wederrechtelijke bevoordeling van een schuldeiser is een bevoordeling die vernietigbaar is in de structuur van de actio Pauliana zoals deze is neergelegd in artikel 42 en 47 Fw. Volgens artikel 42 Fw geldt dat de curator ten behoeve van de boedel ‘elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn’ kan vernietigen. Bij een rechtshandeling anders dan om niet geldt dat deze slechts kan worden vernietigd ‘indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn’. Voor de niet onverplichte (rechts)handelingen (in de zin van artikel 42 Fw) geldt het regiem van artikel 47 Fw. Daarin is bepaald dat de voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld alleen dan kan worden vernietigd, ‘wanneer wordt aangetoond, hetzij dat hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was, hetzij dat de betaling het gevolg was van overleg tus-

⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74.

⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33995, 3, p. 2.

⁶ HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/104; HR 16 februari 2010, *NJ* 2010/119; HR 11 mei 2010, *NJB* 2010/1169.

sen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen'.

In de memorie van toelichting bij de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is opgemerkt dat door de opneming van het bestanddeel wederrechtelijk in artikel 343 aanhef en onder 3 Sr wordt voorkomen dat 'een gedraging van de zijde van de schuldenaar die in het licht van de norm uit de artikelen 42 en 47 Fw toelaatbaar is, strafbaar zou zijn, namelijk omdat een schuldeiser hierdoor ten nadele van de andere schuldeisers wordt bevoordeeld'.⁷ Deze aansluiting heeft tot gevolg dat de beoordeling van de strafbaarheid van de bestuurder bij een bevoordeling overeenkomstig artikel 42 en 47 Fw dient te geschieden al naar gelang het de voldoening van een opeisbare dan wel niet-opeisbare schuld betreft. Aangezien artikel 47 Fw de betaling van een opeisbare schuld slechts vernietigbaar maakt indien de schuldeiser die de betaling ontvangt wist dat het faillissement was aangevraagd of indien de betaling het gevolg was van overleg met de schuldenaar met het doel om de schuldeiser boven de andere schuldeisers te begunstigen, zal de bestuurder bij het voldoen van een opeisbare schuld slechts strafbaar kunnen zijn indien hij de betaling deed op een moment waarop hij wist dat er een faillissementsaangifte lag of indien de betaling het gevolg was van overleg met de schuldeiser.⁸ Voor de toepassing van het onderscheid tussen opeisbare en niet-opeisbare schulden in het kader van de actio Pauliana zal in deze benadering vanzelfsprekend de civielrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad leidend zijn. Dat betekent dat betaling van een opeisbare schuld door de bestuurder in een andere vorm dan waarin de verbintenis is gesteld (bijvoorbeeld door middel van inbetalinggeving ex artikel 6:45 BW, of door de verkoop van een goed onder verrekening van de koopprijs)⁹ conform de rechtspraak van de Hoge Raad dient te worden beoordeeld onder het regiem van artikel 42 Fw.¹⁰

De wederrechtelijkheid van de bevoordeling wordt derhalve gezocht in de schending van de rechtsregels die uit de regeling van de faillissementspauliana voortvloeien. Het onderscheid tussen onverplichte en verplichte (rechts)handelingen in de structuur van de faillissementspauliana leent zich echter als maatstaf slecht voor de beoordeling van het gedrag van de bestuurder. Dit houdt verband met de afweging van de belangen waarvan het onderscheid tussen onverplichte en verplichte (rechts)handelingen in artikel 42 Fw en 47 Fw de neerslag vormt.

3. De achtergrond van het onderscheid

Het onderscheid tussen onverplichte en verplicht verrichte (rechts)handelingen met een onderscheidend vernietigbaarheidsregiem werd ingevoerd in 1896 bij de inwerkingtreding

⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33995, 3, p. 2, 15.

⁸ De Hoge Raad heeft het overlegcriterium strikt uitgelegd. In HR 24 maart 1995, *NJ* 1995/628 (*Gispen q.q./IFN*) is uitgemaakt dat voor de aanwezigheid van overleg in de zin van artikel 47 Fw vereist is dat sprake is van samspanning, 'dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezet, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven andere te begunstigen'. Onvoldoende is dat de wederpartij weet dat de gezamenlijke schuldeisers benadeeld zullen worden door de betaling (HR 20 november 1998, *NJ* 1999/611).

⁹ Van inbetalinggeving in de zin van artikel 6:45 BW is sprake indien de schuldenaar een andere prestatie voldoet dan hetgeen hij was verschuldigd (hij draagt bijvoorbeeld zijn auto ter waarde van 10.000 euro over ter voldoening van zijn geldschuld ad 10.000 euro). Partijen kunnen een soortgelijk resultaat bereiken indien de schuldenaar een vermogensbestanddeel aan de schuldeiser verkoopt en daarmee de schuldeiser in staat stelt om haar vordering tot voldoening van de schuld ex artikel 6:127 BW te verrekenen met haar verplichting tot betaling van de koopprijs van het gekochte goed.

¹⁰ Zie in het bijzonder HR 18 december 1992, *NJ* 1993/169 (*Kin/Emmerig q.q.*).

van de Faillissementswet. In artikel 777 van het Wetboek van Koophandel, waarin de regeling van de pauliana voor de invoering van de Faillissementswet was neergelegd, gold een dergelijk onderscheid niet. Bij de totstandkoming van de Faillissementswet merkte de wetgever ten aanzien hiervan op dat hiervoor ‘een rationeele basis’ ontbreekt en dat het ontbreken van het onderscheid niet alleen in strijd is met het beginsel dat in artikel 774 Wetboek van Koophandel is neergelegd alsook met de behoeften van het verkeer.¹¹ Het beginsel waarop de wetgever doelt, is hetgeen tot uitdrukking wordt gebracht met het adagium *pacta sunt servanda*. ‘Den schuldenaar kan er geen grief van gemaakt worden, wanneer hij datgene doet waartoe voor hem een *rechtsplicht* bestaat; men kan niet beweren dat hij opzettelijk het onderpand zijner schuldeischers wegmaakt, indien hij het gebruikt juist om zijne schulden te kwijten’, aldus de wetgever. Contractspartijen dienen zich te houden aan hetgeen zij hebben afgesproken en daarom kan de partij die een contractuele plicht nakomt – ongeacht de gevolgen daarvan voor de verhaalsmogelijkheden van zijn overige schuldeisers – geen verwijt worden gemaakt, zo luidt de redenering. De rechtsplicht waarover wordt gesproken, heeft wel een gekwalificeerd karakter. Het gaat niet slechts om een plicht voor de voldoening waarvan een rechtsgrond bestaat, maar om een plicht die óók rechtens afdwingbaar is. Het dient met andere woorden te gaan om een opeisbare verplichting. De wetgever vervolgt dat ten aanzien daarvan evenmin ‘een rechtsgrond [is] aan te wijzen, om hem, die datgene ontving, waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken’. De wetgever wijst daarbij uitdrukkelijk van de hand de leerstelling dat schuldeisers een op het onvermogen van de schuldenaar gebaseerd recht hebben om naar evenredigheid van hun vordering te worden voldaan. De vernietiging van verplichte (rechts)handelingen is volgens de wetgever daarnaast in strijd met de behoeften van het verkeer. Zij zou een ondermijning zijn van het *jus vigilantibus* omdat het aantasten van verplichte (rechts)handelingen de schuldeiser zou beletten ‘zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest nodig heeft; nl. als hij een *déconfiture* van zijn schuldenaar vreest’.¹² In verband hiermee staat het belang van de zekerheid van het handelsverkeer dat tevens als onderbouwing van het gemaakte onderscheid dient. Kredietverleners moeten in de gedachtegang van de wetgever erop kunnen vertrouwen dat wanneer de schuldenaar betaalt, die betaling ook onaantastbaar is. Het door de wetgever uitgesproken beginsel dat verplichte (rechts)handelingen onaantastbaar dienen te zijn, moet wel in twee gevallen wijken. Het gaat om de situatie waarin de schuldeiser die de betaling ontvangt, bekend is met de faillissementsaanvraag en de situatie waarin de betaling het gevolg is van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser om laatstgenoemde in geval van een faillissement buiten de concursus te houden. De laatstgenoemde uitzondering betreft een overleg om een schuldeiser te begunstigen en de rationale voor de uitzondering lijkt in de inherente (algemene) kwalijkheid van een dergelijke handeling te worden gevonden. Voor de eerste uitzondering is redengevend dat

‘De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvraag is gedaan, (...) gezegd [mag] worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeischers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstan-

11 W.F. van der Feltz I, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 434.

12 W.F. van der Feltz I, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 436.

digheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt'.¹³

De aantastbaarheid van de betaling wordt in dat geval nadrukkelijk gerechtvaardigd met een beroep op de tussen de schuldeisers onderling geldende goede trouw. Voor vernietiging van de betaling ingevolge de eerste uitzondering van artikel 47 Fw wordt dan ook enkel wetenschap van de faillissementsaangifte bij de schuldeiser vereist. Niet hoeft te worden aangetoond dat de schuldenaar wetenschap had van de faillissementsaanvraag.

4. **Aansluiting van artikel 343 aanhef en onder 3 bij de structuur van de faillissementspauliana is onsystematisch**

De bepaling van artikel 343 aanhef en onder 3 Sr bevat een strafbaarstelling van de bestuurder die een schuldeiser van de rechtspersoon bevoordeelt wetende dat de overige schuldeisers worden benadeeld. De strafbaar gestelde gedraging is de bevoordeling die bestaat uit de verbetering van de positie van een schuldeiser. Een aansluiting bij de regels van de actio Pauliana voor de beoordeling van de wederrechtelijkheid van de bevoordeling komt erop neer dat voor de beoordeling van een gedraging van de bestuurder regels in acht worden genomen die ten aanzien van het onderscheid tussen verplicht en onverplicht verrichte rechtshandelingen ingegeven zijn door een waardering van bepaald gedrag van schuldeisers. En dat is uit dogmatisch oogpunt moeilijk houdbaar omdat gedragsnormen voor schuldeisers verschillen van gedragsnormen voor de bestuurder van de rechtspersoon-schuldenaar (en de rechtspersoon-schuldenaar zelf) simpelweg omdat ze in een andere verhouding hun beslag krijgen. De normering van het gedrag van schuldeisers vindt plaats primair in hun verhouding tot de mede-schuldeisers terwijl voor de normering van het gedrag van de bestuurder (en de rechtspersoon-schuldenaar) geldt dat deze plaatsgrijpt primair in diens verhouding tot de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap. Het onderscheid tussen onverplichte en verplichte (rechts)handelingen in de structuur van de actio Pauliana berust voornamelijk op de waardering van de positie van de schuldeiser die wordt voldaan. Hoewel in de parlementaire geschiedenis ter onderbouwing van de noodzaak tot het maken van onderscheid is opgemerkt dat de schuldenaar die een rechtsplicht voldoet geen verwijt kan worden gemaakt, is de ratio van het onderscheid de bescherming van de schuldeiser die een hem verschuldigde prestatie ontvangt. De bestuurder van een rechtspersoon-schuldenaar die een niet-opeisbare betaling doet, voldoet óók een prestatie die de rechtspersoon-schuldenaar (contractueel of anderszins) verschuldigd is.¹⁴ De niet-opeisbaarheid van de schuld doet niet af aan de gehoudenheid van de rechtspersoon-schuldenaar tot de voldoening van de schuld.¹⁵

De strikte vereisten van artikel 47 Fw bij de voldoening van een opeisbare schuld zijn dan ook te verklaren in verband met de positie van de schuldeiser die een opeisbare vordering heeft.¹⁶ In de gedachtegang van de wetgever verdient deze schuldeiser meer bescherming

13 W.F. van der Feltz I, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 449.

14 Hoezeer hij daarmee ook iets doet waartoe hij niet in rechte kan worden gedwongen.

15 Hierbij kan bovendien worden gewezen op artikel 6:39 BW. Volgens deze bepaling wordt bij het overeenkomen van een tijd voor nakoming vermoed dat dit slechts belet dat eerder nakoming wordt gevorderd. Ook dit uitgangspunt van de wet dat de niet-opeisbaarheid van een schuld geen beletsel vormt voor een eerdere nakoming en 'slechts' de positie van de schuldeiser regardeert, ondersteunt het standpunt dat voor de aansprakelijkheid van de bestuurder het onderscheid in artikel 42 en 47 Fw niet leidend moet zijn.

16 Indicatief hiervoor is bovendien dat voor de vernietiging van de betaling ex artikel 47 Fw enkel wetenschap van de schuldeiser wordt vereist van de faillissementsaangifte en niet ook wetenschap van de schuldenaar.

dan de schuldeiser zonder een opeisbare vordering. Dit wordt geschraagd met de werking van het *ius vigilantibus*¹⁷ en de wenselijke zekerheid in het handelsverkeer dat hetgeen rechtsgeldig ontvangen is, ook onaantastbaar is. Dit alles geldt niet voor de (rechtspersoon-)schuldenaar en diens bestuurder. Bij de beoordeling van de wederrechtelijkheid van de door de bestuurder gepleegde bevoordeling kan daarom niet worden aangesloten bij de vereisten die artikel 42 Fw en artikel 47 Fw stellen voor onverplicht respectievelijk verplicht verrichte handelingen.¹⁸

Dat binnen het regiem van artikel 47 Fw de betaling van een opeisbare schuld buiten de toepassing van de stringente uitzonderingen onaantastbaar is, laat derhalve onverlet dat de gedraging aan de zijde van degene die deze verrichtte wel degelijk strafbaar kan zijn. De strafrechtelijke beoordeling van de gedraging van de bestuurder (en de schuldenaar-rechtspersoon) staat los van de civielrechtelijke gevolgen ervan. Zo zal iemand die een gehuurde zaak aan een derde verkoopt en levert zich schuldig maken aan verduistering in de zin van artikel 321 Sr terwijl de koper te goeder trouw op grond van artikel 3:86 lid 1 BW heel wel de eigendom van de zaak kan hebben verworven. Het is belangrijk voor ogen te houden dat artikel 47 Fw niet een (extra)instrument is voor de schuldeiser om zijn vorderingsrecht geldend te maken. Het vormt, met andere woorden, niet een opwaardering van zijn *ius agendi* – het recht om zijn vorderingsrecht geldend te maken. Er is betoogd dat indien voor de betalende schuldenaar niet dezelfde normen zouden gelden als voor de ontvangende schuldeiser, dit ertoe zou leiden dat schuldeisers hun rechten niet meer geldend zouden kunnen maken op een moment dat ze dat volgens artikel 47 Fw zouden moeten kunnen doen – omdat de bestuurder van de schuldenaar-rechtspersoon geen betaling mag doen.¹⁹ Ik meen dat dit argument de aard en strekking van artikel 47 Fw miskent. Het enige wat artikel 47 Fw bepaalt, is dat de schuldeiser die een betaling heeft ontvangen op een opeisbare vordering (al dan niet na daarop te hebben aangedrongen), deze niet hoeft af te dragen aan de curator indien ten tijde van de betaling het faillissement van de schuldenaar niet was aangevraagd of wanneer dat wel het geval was, hij daarvan niet op de hoogte was én er geen sprake is geweest van samenspanning met de schuldenaar.²⁰ Dit staat er geenszins aan in de weg dat de schuldenaar (en de bestuurder) gelet op zijn aanstaande faillissement kan weigeren te betalen omdat hij de *paritas creditorum* en de wettelijke rangorde tussen zijn schuldeisers wil eerbiedigen. In de civielrechtelijke rechtspraak is reeds in 1998 in het arrest *Coral/Stalt* aanvaard, kort gesteld, dat indien de schuldenaar heeft besloten tot liquidatie van haar vermogen en wetende dat er onvoldoende middelen aanwezig zijn om alle schuldeisers te voldoen een gelieerde schuldeiser betaalt, deze schuldenaar in beginsel onrechtmatig handelt.²¹ Of de verrichte betaling in die zaak blootstond aan vernietiging ex artikel 47 Fw is niet met zekerheid te zeggen. In elk geval lag er geen faillissementsaanvraag

17 Zie G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 25-27 die stelt dat de vereiste waakzaamheid van de schuldeiser meebrengt dat hij in beginsel geen rekening hoeft te houden met belangen van anderen indien hij een opeisbare vordering int.

18 Vgl. F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers', *WPNR* 6355/130. Met betrekking tot de eis van wetenschap van faillissementsaangifte in artikel 47 Fw merk ik nog op dat in de praktijk een faillissementsaanvraag door schuldeisers ook als drukmiddel voor betaling wordt gebruikt. Wetenschap van faillissementsaangifte bij de bestuurder betekent dus niet zonder meer dat er sprake is van een faillissementssituatie en nog minder dat het faillissement onvermijdelijk is.

19 T. Hilverda, *Faillissementsfraude, een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 305.

20 Het laatstgenoemde is de toepassing van het overlegcriterium in artikel 47 Fw zoals door de Hoge Raad is gehanteerd in HR 24 maart 1995, *NJ* 1995/628 (*Gispen q.q./IFN*).

21 HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*).

ten tijde van de betaling waardoor vernietiging op grond van de eerste uitzonderingsgrond niet mogelijk zou zijn. Met het oog op de strikte uitleg die de Hoge Raad aan de overlegeis heeft gegeven²² lijkt het onwaarschijnlijk dat de betaling op grond van die uitzondering zou kunnen worden vernietigd.²³ In het meer recente arrest *Kok/Maas* hanteert de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder aansprakelijk is wegens het selectief voldoen van een (gerelateerde) schuldeiser de maatstaf of de bestuurder ten tijde van de hem verweten gedraging 'wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade'.²⁴ Dat is een andere norm dan welke uit artikel 47 Fw voortvloeit met betrekking tot de voldoening van opeisbare schulden.²⁵

5. De wederrechtelijke bevoordeling van een schuldeiser

Uit het voorgaande blijkt dat het mij onjuist voorkomt de regels van de faillissementspauliana aan te wenden voor de invulling van het bestanddeel 'wederrechtelijke bevoordeling' in artikel 343 aanhef en onder 3 Sr.²⁶ In welke gevallen dient de bevoordeling dan wel wederrechtelijk te worden geoordeeld?

Mijns inziens kan daarvoor worden teruggegrepen op het onder de oude regeling geldende vereiste dat de bevoordeling heeft plaatsgegrepen op een tijdstip waarop de bestuurder

22 Er dient sprake te zijn van samenspanning. Zie hiervoor in noot 4.

23 In *Cikam/Siemon q.q.* (HR 7 maart 2003, JOR 2003/102) had het hof overleg in de zin van artikel 47 Fw aangenomen op grond van een zeer nauwe band tussen de schuldeiser en de schuldenaar en de wetenschap over de precare financiële toestand van de schuldenaar (de schuldenaar had hetzelfde bestuur als de schuldeiser die de betaling ontving). De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Hoewel in *Coral/Stalt* de schuldenaar een 100% dochter was van de schuldeiser-moeder die werd betaald, had de schuldenaar-dochter een andere bestuurder dan de schuldeiser-moeder. Anders dan in *Cikam/Siemon q.q.* was er derhalve geen sprake van een identieke bedrijfsleiding.

24 HR 23 mei 2014, NJ 2014/325, r.o. 3.3.5 en 3.3.6.

25 Dit arrest maakt ook duidelijk dat hetgeen in HR 16 juni 2000, NJ 2000/578 (*ABN AMRO/Van Dooren I*) werd overwogen omtrent de onrechtmatigheid van betalingen buiten het kader van artikel 47 Fw in elk geval niet ziet op de positie van de bestuurder van een rechtspersoon die opeisbare schulden van de rechtspersoon voldoet. In dat arrest werd overwogen dat indien een bepaalde gedraging niet paulianeus is binnen het kader van artikel 42 en 47 Fw, deze slechts onrechtmatig is indien bijzondere omstandigheden aanwezig zijn. 'In de bedoelde artikelen (42 en 47 Fw) liggen immers (...) mede regels besloten ten aanzien van hetgeen in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is', aldus de Hoge Raad. Dit arrest is door Hilverda aangehaald ter ondersteuning van het standpunt dat het bevoordelen van een schuldeiser door de bestuurder slechts strafbaar behoort te zijn indien voldaan is aan de eisen van artikel 42 of artikel 47 Fw al naar gelang het de voldoening van een niet opeisbare dan wel opeisbare schuld betreft (T. Hilverda, *Faillissementsfraude, een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 306-308). Met het in de hoofdttekst genoemde arrest *Kok/Maas* werd bevestigd dat de redenering in *ABN AMRO/Van Dooren q.q. I* geen betrekking heeft op de positie van de bestuurder van de schuldenaar-rechtspersoon. In de civielrechtelijke literatuur werd (al dan niet impliciet) reeds eerder aangenomen (en overigens bekritiseerd) dat de geciteerde overweging van de Hoge Raad in *ABN AMRO/Van Dooren q.q. I* enkel zag op de positie van de wederpartij van de schuldenaar (-rechtspersoon). Zie o.m. de noot van Van Andel bij Rb Arnhem 4 juli 2007 en 21 november 2007, JOR 2008/170; R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolvensies*, Deventer: Kluwer 2010, p. 348-349. Vgl. over de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bestuurder uit onrechtmatige daad en de actio Pauliana R. van den Stigtenhorst en B. Winter, 'Bestuurdersaansprakelijkheid wegens de benadeling van schuldeisers en de samenhang met de pauliana', in G. Van Solinge e.a. (red.) *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Kluwer 2017.

26 Vgl. Hof Arnhem 15 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ9391 dat mijns inziens ten onrechte overweegt dat de strafbaarstellingen uit artikel 343 Sr alleen verwijtbare schendingen van faillissementsrechtelijke normen (d.i. artikel 42 en 47 Fw) beogen strafbaar te stellen.

wist dat het faillissement niet was te voorkomen. Wederrechtelijk is een bevoordeling van een schuldeiser op een moment dat de bestuurder weet dat het faillissement niet was te voorkomen. Conform hetgeen daaromtrent door de wetgever van 1886 werd gesteld, zou het dan wel moeten gaan om een 'zeker weten' dat het faillissement onvermijdelijk is.²⁷ In die situatie staat het de bestuurder niet meer vrij schuldeisers te betalen – ongeacht of het een opeisbare of niet-opeisbare schuld betreft – omdat daarmee de desbetreffende schuldeisers buiten de concursus worden geplaatst waardoor een wettelijke verdeling van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers onmogelijk wordt gemaakt. Dit vormt niet alleen een strafwaardige schending van de vermogensbelangen van de schuldeisers, maar ondergraaft bovendien het vertrouwen in het handelsverkeer dat een schuldenaar niet vlak voordat de verdelingsregels formeel van kracht worden bepaalde schuldeisers een voorkeursbehandeling geeft.²⁸ De eis dat het een zekere wetenschap moet betreffen dat het faillissement onafwendbaar is, brengt met zich dat de bestuurder bij eventuele pogingen tot redding van de onderneming (strafrechtelijk) buiten schot blijft. Die pogingen kunnen bestaan uit het voeren van gesprekken met bestaande en/of nieuwe financiers, maar ook (en vaak tegelijkertijd) uit het voeren van overleg met de schuldeisers met het doel (onderdelen van) de onderneming te behouden.²⁹ In die gevallen kan niet worden gesproken van een 'zeker weten' dat het faillissement onvermijdelijk is omdat reddingspogingen uit de aard der zaak een dergelijke wetenschap uitsluiten.³⁰ Zelfs als de mogelijkheid reëel is dat de redding mislukt en het faillissement zal worden uitgesproken, dan kan mijns inziens niet gezegd worden dat de wetenschap bestaat dat het faillissement zal volgen als de bestuurder nog enige kans ziet op herstel. Een dergelijke toepassing van het bestanddeel wederrechtelijk biedt een voldoende duidelijk kader voor de beoordeling van de strafbaarheid van de bevoordeling terwijl zij daarnaast gevallen waarin de bestuurder pogingen onderneemt tot behoud van de onderneming buiten het bereik van de strafbepaling plaatst.

De eis dat het faillissement naar de zekere wetenschap van de bestuurder onvermijdelijk was ten tijde van de bevoordelingsgedraging kan fors worden genoemd.³¹ Mijns inziens is de verklaring daarvoor dat het voldoen van een bestaande schuld van de vennootschap de bestuurder in beginsel niet kwalijk kan worden genomen. De gedraging is met andere

27 Zoals ook door T. Hilverda, *Faillissementsfraude, een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Deventer: Kluwer 2009 p. 174, is bepleit voor de uitleg van het bestanddeel 'op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen'.

28 Keulen stelde in zijn dissertatie dat de belangen die de strafbepalingen uit titel XVII beschermen, zijn: de vermogensbelangen van de schuldeisers, het openbaar krediet (het in het maatschappelijk verkeer heersend vertrouwen dat de schuldenaar zal proberen zoveel mogelijk aan zijn verplichtingen te voldoen) en het openbaar gezag (bestaande uit het in staat stellen van het bevoegd gezag in faillissement zijn wettelijke taken uit te oefenen). Zie B.F. Keulen, *Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1990, p. 25-38.

29 De situaties waarin het faillissement onderdeel uitmaakt van het reddingsplan (bijvoorbeeld bij een doorstart vanuit het faillissement) laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing. Die situaties vergen een analyse die het bestek van deze bijdrage te buiten gaat.

30 Vgl. M.J.F.P.H. Erens, *Strafbare bevoordeling van schuldeischers bij faillissement*, Amsterdam: Clausen 1888, p. 39 e.v. en P.M.J.E. Bloemaerts, *Bedrieglijke bankbreuk, opmerkingen naar aanleiding van art. 341 van het Nieuwe Wetboek van Strafrecht*, Leiden 1881.

31 Zie voor toepassing van deze maatstaf in de civielrechtelijke lagere rechtspraak: Hof Arnhem-Leeuwarden, 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3413 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9126 (de omstandigheden die het oordeel van de 'onvermijdelijkheid van het faillissement' ondersteunen zijn een ernstige liquiditeitspositie, verliesgevende resultaten, het afketsen van een geplande overname respectievelijk onbetaalde leveranciers, huurachterstanden, beslaglegend optreden van de fiscus, niet afgedragen pensioenpremies, marginaal onderhanden werk en geen concreet uitzicht op externe financiering).

woorden niet intrinsiek laakbaar.³² De laakbaarheid en strafwaardigheid van het gedrag is pas aan de orde wanneer het faillissement zich voldoende zeker aandient als gevolg waarvan de belangen van de schuldeisers prevalent worden.

6. Uitleg van ‘wederrechtelijk’ volgens de memorie van toelichting en bepleite uitleg

De vraag rijst hoe deze uitleg van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ zich verhoudt tot de parlementaire geschiedenis van artikel 343 aanhef en onder 3 Sr. Uit de memorie van toelichting blijkt namelijk dat voor de invulling van de wederrechtelijkheid nadrukkelijk is aangeknoopt bij de regeling van de faillissementspauliana. De verwijzing naar de bepalingen van de actio Pauliana in de Faillissementswet berust op de opvatting dat de strafwet geen gedrag strafbaar behoort te stellen dat volgens de Faillissementswet toelaatbaar is. In de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt dat op grond van het uitgangspunt dat de strafrechtelijke norm de faillissementsrechtelijke norm dient te weerspiegelen, ‘de strafbaarheid wordt beperkt tot die gevallen waarin de bevoordeling op grond van de Faillissementswet onrechtmatig is’.³³ De rechtvaardiging daarvoor is volgens de minister dat ‘In het faillissementsrecht (...) [de, AK] bevoordeling van schuldeisers in de aanloop van een faillissement onder bepaalde omstandigheden niet onrechtmatig [is, AK]’.³⁴ Uit de geciteerde passages lijkt te volgen dat de minister het faillissementsrecht gelijkstelt aan de inhoud van de Faillissementswet. Hoewel de term ‘onrechtmatig’ wordt gebruikt, wordt geen rekening gehouden met normen die, hoewel zij niet afkomstig zijn uit de Faillissementswet, wel degelijk gerekend kunnen worden tot het faillissementsrecht simpelweg omdat zij de rechtspositie regarderend van de bij het faillissement betrokken partijen. De regeling van de onrechtmatige daad zoals neergelegd in artikel 6:162 BW is een dergelijke bepaling. Als gezegd is in de civielrechtelijke rechtspraak uitgemaakt dat de bestuurder bij selectieve betalingen ook buiten de door artikel 47 Fw bestreken gevallen persoonlijk aansprakelijk kan zijn wegens onrechtmatige daad.³⁵ De memorie van toelichting bij de strafbepaling getuigt derhalve van een te beperkte opvatting van de reikwijdte van faillissementsrechtelijke normen. Gesteld kan echter worden dat indien wordt geabstraheerd van de specifieke bewoordingen die in de parlementaire stukken zijn gebruikt, de stelling gerechtvaardigd is dat de wetgever als uitgangspunt hanteert dat hetgeen civielrechtelijk niet onrechtmatig is, niet strafbaar behoort te zijn. Met de hiervoor bepleite invulling van de wederrechtelijkheid als zekere wetenschap dat het faillissement onvermijdelijk is, wordt dat uitgangspunt niet met de voeten getreden.³⁶ Het voert te ver de civielrechtelijke normen met betrekking tot selec-

32 Dit is anders met de andere delictsgedragingen die in artikel 343 Sr strafbaar zijn gesteld. De gedraging van de onttrekking aan de boedel en het buitensporig verbruiken, uitgaven en vervreemden van vermogensbestanddelen van de rechtspersoon zijn inherent kwalijk te noemen. Ook buiten de context van insolventie zal dergelijk handelen immers de vermogenspositie van de rechtspersoon aantasten en het beroepsmatige inzicht van de bestuurder twijfelachtig maken. Vgl. voor de onttrekking *Kamerstukken II 2014/15, 33994, 6, p. 18* waarin de minister opmerkt dat de wederrechtelijkheid van de gedraging reeds besloten ligt in de gedraging van het onttrekken.

33 *Kamerstukken II 2014/15, 33994, 6, p. 5.*

34 *Kamerstukken II 2014/15, 33994, 6, p. 5.*

35 Zie paragraaf 4 hiervoor.

36 Opmerking verdient nog dat uit de parlementaire stukken niet blijkt dat een discussie heeft plaatsgevonden over de invulling van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ waarvan de aansluiting bij de regels van de faillissementspauliana het uitdrukkelijke gevolg is geweest. Veeleer lijkt het door de minister gestelde met betrekking tot de actio Pauliana en het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ bij de parlementaire behandeling als uitgangspunt te zijn genomen. Tezamen met hetgeen in de hoofdtekst staat die bij deze noot hoort, biedt dit steun voor de gedachte dat tijdens de parlementaire behandeling het geldende civielrechtelijke kader (de normen die naast de actio Pauliana uit de regeling van de onrechtmatige daad voortvloeien) onvoldoende helder is geweest.

tieve betalingen hier te bespreken. Voor dit betoog volstaat de opmerking dat in de civielrechtelijke rechtspraak selectieve betalingen aan schuldeisers in elk geval als onrechtmatig worden beschouwd indien de bestuurder wist dat het faillissement onvermijdelijk was.³⁷

7. Conclusie

Volgens de wetsgeschiedenis van artikel 343 aanhef en onder 3 Sr over de strafbare bevoordeling van schuldeisers zijn de regels van de faillissementspauliana zoals neergelegd in artikel 42 en 47 Fw bepalend voor de invulling van de wederrechtelijkheid van de bevoordeling die de bestuurder heeft gepleegd. In de structuur van de faillissementspauliana bestaat een onderscheid tussen het verrichten van onverplichte (artikel 42 Fw) en het verrichten van verplichte (rechts)handelingen (artikel 47 Fw). Het voldoen van een opeisbare schuld is in die structuur een verplichte (rechts)handeling waarvan de vernietiging onderworpen is aan strikte vereisten. Die vereisten houden primair verband met de positie en het belang van de schuldeiser die een opeisbare vordering krijgt voldaan. Door in artikel 343 aanhef en onder 3 Sr aan te sluiten bij de regeling van de faillissementspauliana miskent de wetgever deze rationale van artikel 47 Fw. De beoordeling van het gedrag van de bestuurder is niet afhankelijk van de civielrechtelijke gevolgen van de verrichte betaling volgens de regels van de faillissementspauliana. In plaats daarvan dient de gedraging op de eigen merites te worden beoordeeld met inachtneming van de verschillende belangen die in het geding zijn. Overeenkomstig hetgeen de wetgever van 1886 stelde over de strafbare bevoordeling is de voldoening van een (opeisbare dan wel niet-opeisbare) schuld op een moment waarop de bestuurder (zeker) weet dat het faillissement onvermijdelijk is wederrechtelijk in de zin van artikel 343 aanhef en onder 3 Sr.

³⁷ Dit is af te leiden uit de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad in paragraaf 4.